

MINISTRO EDSON FACHIN
DESEMBARGADOR CARLOS HENRIQUE ABRÃO
PROFESSOR RUBENS EDMUNDO REQUIÃO
COORDENADORES

O MODERNO DIREITO EMPRESARIAL NO SÉCULO XXI

Estudos em homenagem ao
centenário de Rubens Requião

AUTORES

ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO	EROS ROBERTO GRAU
ANGÉLICA ARRUDA ALVIM	JORGE LOBO
ARNALDO RIZZARDO	LUIZ EDSON FACHIN
ARNALDO RIZZARDO FILHO	LUIZ INÁCIO VIGIL NETO
ARNOLDO WALD	LUIZ OSÓRIO MORAES PANZA
ARTHUR MIGLIARI JÚNIOR	MARCOS WACHOWICZ
BRUNO MIRAGEM	NEWTON DE LUCCA
CARINE RIZZARDO	RAFAEL CAMPOS SOARES DA FONSECA
CARLOS ALBERTO FARRACHA DE CASTRO	RAQUEL SZTAJN
CARLOS HENRIQUE ABRÃO	RENATA MOTA MACIEL DEZEM
CARLOS ROBERTO CLARO	RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
EDUARDO ARANHA FERREIRA	RUBENS EDMUNDO REQUIÃO
EDUARDO ARRUDA ALVIM	RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR
ERONIDES APARECIDO RODRIGUES DOS SANTOS	SANDRO MANSUR GIBRAN

GZ
EDITORA

Rio de Janeiro
2018

A DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA: DE REQUIÃO AOS NOSSOS DIAS

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

RESUMO: A homenagem. A doutrina anterior a 2002. O novo Código Civil e seu Projeto. As teorias. A convivência das duas posições. Não se aplica a dpj. As normas especiais. A desconconsideração inversa. A dpj e os grupos societários. Legitimidade para decidir sobre a dpj. Efeito. Decadência. Entendimentos contrários. Dpj e a despersonalização da pessoa. Precedentes do STJ. Enunciados das Jornadas. O procedimento. Projetos de lei. Projeto do Novo Código Comercial. Considerações finais.

A HOMENAGEM

1. Para homenagear Rubens Requião, pensei: nada seria mais significativo do que repassar o trajeto da teoria da desconconsideração da pessoa jurídica, com base na seminal conferência que o Mestre proferiu na Faculdade de Direito da Universidade do Paraná – berço de muitos e ilustrados juristas – e publicada na *Revista dos Tribunais*, vol. 410, de dezembro de 1969, p. 12-24.¹

2. Diante do dilema de respeitar o entendimento corrente de absoluta distinção entre a pessoa jurídica e seus componentes (art. 20 do Código Civil de 1906: “As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros.”), e, de outro lado, inconformado com a injustiça que muita vez decorre de sua aplicação, Requião recebeu com aplauso dois livros que tratavam da desconconsideração: do Prof. Piero Verrucoli, da Universidade de Piza, *Il superamento dela Personalità Giuridica delle Società di Capitali nella Common Law e nella Civil Law*, e do Prof. Rolf Serick, da Universidade de Tübingen, traduzida pelo Prof. José Puig Brutau, da Universidade de Barcelona, *Aparencia y Realidad en las Sociedades Mercantiles – El Abuso del Derecho por medio de la Persona Jurídica*.

1 “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica”. O texto foi republicado no livro do Prof. Rubens Requião, *Aspectos Modernos do Direito Comercial*, São Paulo: Saraiva, 1977. p. 67.

No livro de Serick estão os quatro princípios segundo os quais se deva aplicar a teoria da desconsideração da pessoa jurídica (dpj, reproduzidos no trabalho de João Casillo (item IV).²

O tema da aula magna, com aquela especificidade, foi pela primeira vez abordado no Brasil.³ Nela, Requião sustentou a tese de compatibilidade da nova teoria com o nosso ordenamento jurídico, pois “[...] quando o Estado concede e reconhece às sociedades a personificação segundo as regras normativas, pode ao mesmo tempo determinar os limites dessa concessão”, e citou leis então vigentes sobre a responsabilidade dos administradores de sociedades por quotas e sociedades por ações. Desde logo traçou as linhas básicas do instituto, que até hoje permanecem: não visa a anular a personalidade jurídica,⁴ deve ser aplicada com extrema cautela e em casos excepcio-

2 “Primero principio – Si la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el juez podrá descartarla para que fracase el resultado contrario al Derecho que se persigue, para lo cual prescindirá de la regla fundamental que establece una radical separación entre la sociedad y los socios. Existe un abuso cuando con ayuda de la persona jurídica se trata de burlar una ley, de quebrantar obligaciones contractuales o de perjudicar fraudulentamente a terceras. Por tanto, sólo procederá invocar que existe un atentado contra la buena fe, como razón justificativa de que se prescinda de la forma de la persona jurídica, cuando concurren los supuestos del abuso que han sido señalados (pp. 241-242).

Segundo principio – No basta alegar que si no se descarta la forma de la persona jurídica no podrá lograrse la finalidad de una norma o de un negocio jurídico. Sin embargo, cuando se trate de la eficacia de una regla del Derecho de Sociedades de valor tan fundamental que no deba encontrar obstáculos ni de manera indirecta, la regla general formulada en el párrafo anterior debe sufrir una excepción. (p. 246).

Tercero principio – Las normas que se fundan en cualidades o capacidades humanas o que consideren valores humanos también deben aplicarse a las personas jurídicas cuando la finalidad de la norma corresponda a la de esta clase de personas. En este caso podrá penetrarse hasta los hombres situados detrás de la persona jurídica para comprobar si concurre la hipótesis de que depende la eficacia de la norma (pp. 251-252).

Cuarto principio – Si la forma de la persona jurídica se utiliza para ocultar que de hecho existe identidad entre las personas que intervienen en un acto determinado, podrá quedar descartada la forma de dicha persona cuando la norma que se deba aplicar presuponga que la identidad o diversidad de los sujetos interesados no es puramente nominal, sino verdaderamente efectiva (p. 256).” (CASILLO, João. Desconsideração da pessoa jurídica. *Revista dos tribunais*, São Paulo, ano 68, v. 528, p. 24-40, out. 1979.)

3 Em 1962, o voto vencido do Des. Bandeira de Melo registrava, ao tratar de negócio fiduciário pelo qual, de modo indireto, objetivava frustrar a aplicação da lei: “Se esses credores provarem que a pessoa jurídica não passa de uma projeção do próprio sócio, que está sendo executado, possível se torna, em ação executiva contra este, penhorar-se não só os seus direitos e ações, como também os bens dessa pessoa jurídica fictícia, de patrimônio fiduciário” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 105.835, de 29.3.1962. Relator Des. Bonfim Pontes. Vencido, Des. O. A. Bandeira de Mello, publicado na *Revista dos Tribunais*, ano 53, v. 343, maio de 1964, p. 181).

4 Para superar a alegação de que a lesão acarretaria a nulidade do ato, e não apenas a sua ineficácia, o ilustre Prof. Juan Dobson invoca a lei argentina que permite atribuir aos atos proibidos outra sanção prevista em lei, que não a nulidade (DOBSON, Juan M. *El abuso de la personalidad jurídica*: en el derecho privado. Buenos Aires: Depalma, 1985. p. 415).

nais, visando a impedir a fraude e o abuso de direito. Sustentou, portanto, as ideias da corrente subjetivista.

3. Os tribunais passaram a dar atenção ao tema. Em acórdão do Segundo Tribunal de Alçada de São Paulo, de 4.11.1975, o Relator Lair Loureiro observou:

Por isso é que a doutrina vem pacientemente formulando princípios, que de tempos para cá se cristalizaram na teoria do 'superamento da personalidade jurídica', segundo a qual é desconsiderada essa personalidade, em termos de serem então responsabilizados os seus integrantes que praticaram aqueles abusos. Entre nós, pode-se citar o Prof. Ruben Requião, que desenvolve a matéria em excelente artigo intitulado *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*, publicado no vol. 410 da RT, p. 12.⁵

Antes do Código Civil, encontramos: ac. do TJMG, na RT 511/199, de janeiro de 1980; TJMT, na *Revista do Tribunais* 578, de 1983; do TJRS, da RT 592/172 e na RJTJRS 115/301 e 118/258, acórdãos de lavra do então Des Athos Gusmão Carneiro. No STJ: REsp. 86.502/SP, de 26.08.1996, o primeiro julgado sobre o tema naquele Tribunal, Quarta Turma, da minha relatoria; Resp. 63.652/SP, de 21.8.2000; Resp. 252,759/SP, de 27.11.2000; Resp. 256.292/MG, de 25.9.2000.

A DOCTRINA ANTERIOR A 2002

4. Na década de 70, o Prof. Fabio Konder Comparato tratara do tema na sua tese de concurso, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. Ao justificar, para a dpj, os pressupostos da confusão patrimonial e do desvio de finalidade, depois incluídos na sua proposta legislativa, escreveu:

Essa separação patrimonial é estabelecida para a consecução do objeto social, expresso no contrato ou nos estatutos. A sua manutenção, por conseguinte, só se justifica pela permanência desse escopo, de sua utilidade e da possibilidade de sua realização.⁶

O verdadeiro critério da desconsideração está ligado à interpretação funcional do instituto, e não propriamente ao abuso ou à fraude, que pode não existir, ou seja:

5 SÃO PAULO. 2º Tribunal de Alçada Cível. Apelação Cível, nº 35.462. Primeira Câmara. Relator: Lair Loureiro. Acórdão de 4 nov. 1975. Publicado na Revista dos Tribunais, ano 65, v. 484, de fevereiro de 1976. p. 149.

6 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 351.

A desconsideração da personificação jurídica é operada como consequência de um desvio de função, ou disfunção, resultante sem dúvida, no mais das vezes, de abuso ou fraude, mas que nem sempre constitui um ato ilícito.⁷

SUSTENTOU A TESE OBJETIVISTA

5. Nessa mesma época, o Prof. J. Lamartine Corrêa de Oliveira publicou *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*. Obra monumental, em que definiu o abuso do direito da personalidade:

A verificação da resposta à seguinte pergunta: no caso em exame, foi realmente a pessoa jurídica que agiu, ou foi ela mero instrumento nas mãos de outras pessoas, físicas ou jurídicas? É exatamente porque nossa conclusão quanto à essência da pessoa jurídica se dirige a uma postura de realismo moderado que essa pergunta tem sentido. Se é, em verdade, uma outra pessoa que está a agir, utilizando a pessoa jurídica como escudo, e se esta utilização da pessoa jurídica, fora de sua função, que está tornando possível o resultado contrário à lei, ao contrato, ou às coordenadas axiológicas fundamentais da ordem jurídica (bons costumes, ordem pública), é necessário fazer com que a imputação se faça com predomínio da realidade sobre a aparência.⁸

E mais adiante, o prof. Lamartine considerou:

[...] para que se possa falar de verdadeira técnica desconsiderante, em tema de responsabilidade, será necessária a presença do princípio da subsidiariedade, explicitado à luz de uma concepção dualista de obrigação: responsabilidade subsidiária por dívida alheia, [razão pela qual] não podem ser entendidos como verdadeiros casos de desconsideração todos aqueles casos de mera imputação do ato [...] quando se aplique a noção de imputação, a responsabilidade não será dominada pelo princípio da subsidiariedade, essencial nos autênticos casos de desconsideração, em que se supõe a prévia demonstração da insolvência do primeiramente responsável.⁹

7 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 356.

8 OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 613.

9 OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 610-611.

O Prof. João Casillo, da mesma Faculdade de Direito do Prof. Rubens Requião,¹⁰ contribuiu com o artigo *Desconsideração da Pessoa Jurídica*. Comparou o desenvolvimento da teoria em diversos países da Europa e concluiu pela sua aplicação no Brasil, ainda antes do Novo Código Civil. Escreveu:

[...] quando se fala em dpj é porque a própria entidade é que foi desviada da rota traçada pela lei ou pelo contrato. A sociedade é utilizada em seu todo para mascarar uma situação, ela serve como um véu, para encobrir uma realidade.¹¹

Com isso distinguiu a dpj da sanção legalmente imposta a administradores e sócios que agem ilicitamente.

6. Na década de 80, o Prof. Marçal Justen Filho, também da Faculdade de Direito do Paraná, publicou *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*.¹² Examinou o tema sob o aspecto da crise de função da personalidade,¹³ que ficara encoberto pelo enfoque absolutista dado à pessoa jurídica, com atributos do ser humano, quando, na verdade, o regime jurídico aplicável a uns e outros é diferente.¹⁴ A teoria foi construída valendo-se de casos concretos, para afastar a incidência da regra geral.¹⁵ Prof. Justen não aceita que se considerem princípios e vinculações éticas internas para as pessoas jurídicas; esse exame deve ser feito sob aspecto externo, tendo em vista o resultado, que pode estar em desacordo com a ordem jurídica.^{16 17} A dpj leva à inefi-

10 CASILLO, João. Desconsideração da pessoa jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 68, v. 528, p. 24-40, out. 1979.

11 CASILLO, João. Desconsideração da pessoa jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 68, v. 528, p. 24-40, out. 1979.

12 JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1987. Na sua definição, "[...] 'desconsideração' corresponde à ignorância ou não aplicação, para casos concretos, do regime jurídico estabelecido como regra para situações de que participe uma sociedade personificada (pessoa jurídica)". (p. 67). Atua no plano da eficácia (p. 83).

13 JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1987. p. 17.

14 JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1987. p. 45.

15 JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1987. p. 53.

16 JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1987. p. 96.

17 "Por isso, a desconsideração só pode decorrer da contradição entre os resultados visualizados como desejáveis pelo ordenamento jurídico e os resultados que seriam atingidos se mantida a incidência do regime jurídico personificado." (JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1987. p. 97.).

cácia da personificação; o abuso consiste na utilização anormal e surpreendente da pessoa jurídica, com sacrifício do interesse alheio. Afasta, como pressuposto da desconsideração, a confusão patrimonial, fator que depois veio a ser incluído na redação do art. 50 do Código Civil.

7. Em 1988, o Prof. Luiz Roldão escreveu extenso estudo sobre a dpj, com apreciação dos sistemas jurídicos estrangeiros, da doutrina brasileira, da jurisprudência até então, e concluiu:

Vê-se, pois, que a jurisprudência, sob os mais diversos fundamentos, controle da sociedade, fraude à lei, ao contratante e aos credores, abuso de direito, tem posto à margem a personalidade da pessoa jurídica, para permitir a responsabilização do sócio, que, atrás dela, dominando-a ou utilizando-a, se esconde, em ordem a evitar resultados injustos e danosos.¹⁸

O autor, porém, inclui no âmbito da dpj os casos de imputação direta a sócio ou administrador, citando o CTN, art. 134 e 135; art. 158 da Lei 6.404/76 (S.A); Lei 4.591/64 (incorporador); arts. 36 e 40 da Lei 6.024/74 (intervenção e liquidação extrajudicial); art. 34 da Lei 4595/64 (instituições financeiras); art. 2º, § 2º da CLT.

8. O muito ilustre Dr. Luiz Gastão Paes de Barros Leães, em parecer assinado em 1992, admitiu a incidência da teoria da dpj, nos seguintes termos:

Em suma, a técnica da desconsideração da pessoa jurídica – ou seja, a suspensão episódica da eficácia da personalização – se impõe, quando se verifica que a personalidade jurídica foi utilizada como instrumento para a realização – de fraude ou abuso de direito. [...] Desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade significa atribuir responsabilidade subsidiária ao sócio por atos da sociedade e vice-versa [...].¹⁹

O NOVO CÓDIGO CIVIL E SEU PROJETO

9. Em 1975, circulou o Projeto do Código Civil (PL 634/1975), que propunha:²⁰

Art. 48. A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins estabelecidos no ato constitutivo, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos, ou abusivos, caso em que poderá o juiz, a requerimento de qualquer

18 GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Desconsideração da personalidade jurídica. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Org.). *Direito civil: parte geral: pessoas e domicílio: aspectos gerais, pessoas naturais, pessoas jurídicas, domicílio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 3. (Doutrinas essenciais). p. 1056.

19 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Pareceres*. São Paulo: Singular, 2004. v. 1. p. 378.

20 Diário do Congresso Nacional, 13 de junho de 1975 (sexta-feira), Suplemento (B) ao nº. 061.

dos sócios ou do Ministério Público, decretar a exclusão do sócio responsável, ou, tais sejam as circunstâncias, a dissolução da entidade.

Parágrafo único. Nesse caso, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, responderão, conjuntamente com os da pessoa jurídica, os bens pessoais do administrador ou representante que dela se houver utilizado de maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração.

10. Quando se discutia na Câmara dos Deputados o Projeto do Código Civil, o Prof. Requião participou de audiência pública na Comissão Especial e propôs nova redação ao projetado art. 48, sugerindo:

Art. 48. A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins que determinam a sua constituição, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos ou abusivos de sócio. Neste caso, o juiz, desconsiderando a existência da personalidade jurídica, a pedido do credor do sócio, poderá permitir a efetivação de sua responsabilidade sobre os bens incorporados na sociedade para sua participação no capital social.²¹

As duas propostas tinham sérias deficiências. A primeira previa consequências impróprias para a teoria da dpj, com a exclusão do sócio ou a dissolução da sociedade. A segunda, embora não mais referisse a dissolução da sociedade, limitava o uso da dpj apenas para a chamada dpj inversa, permitindo ao credor do sócio a cobrança da dívida sobre bens da sociedade. Nada dispunha sobre a possibilidade de responsabilizar o sócio pelas dívidas da sociedade, que é a situação mais ocorrente.

No desenvolvimento dos trabalhos legislativos, participou o Prof. Fabio Konder Comparato. Na Memória Legislativa do Código Civil, trabalho coordenado pela competente Bibliotecária Edilenice Passos e por João Alberto de Oliveira Lima, constou a Emenda de Relator-Geral n. 375-R, assinada pelo saudoso Senador Josaphat Marinho, cujo texto corresponde ao atual art. 50 do Código Civil. Na justificativa, o Senador lembrou a lição de Rubens Requião, que propugnava pela limitação do efeito da providência apenas à declaração de ineficácia da personalidade jurídica, e assim fundamentou a nova redação:

Consultamos um estudioso da matéria, com trabalho já publicado, professor Fabio Konder Comparato, submetendo-lhe esboço do dispositivo. Assinalando, também, a necessidade de diferenciar despersonalização e desconsideração²², o ilustre professor concorreu, valiosamente, para a con-

21 REQUIÃO, Rubens. Projeto de Código Civil: apreciação crítica sobre a parte geral do livro I – das obrigações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 64, v. 477, p. 11-27, jul. p. 11.

22 “Importa, no entanto, distinguir entre despersonalização e desconsideração (relativa) da personalidade jurídica. Na primeira, a pessoa coletiva desaparece como sujeito autônomo, em razão da

figuração tentada. Acentuou, inclusive, que “a causa da desconsideração da personalidade jurídica não é, apenas, o desvio dos fins estabelecidos no contrato social ou nos atos constitutivos. O abuso pode também consistir na confusão entre o patrimônio social e o dos sócios ou administradores ainda que mantida a mesma atividade prevista, estatutária ou contratualmente”. Justificou a menção, no texto, ao Ministério Público, visto que “ele pode intervir no processo sem ser parte”. Buscando contornos claros, ressaltou: “É preciso deixar bem caracterizado o fato de que os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica são meramente patrimoniais e sempre relativos a obrigações determinadas, pois a pessoa jurídica não entra em liquidação [...]. Em conclusão, observou: “Finalmente, na fórmula sugerida – extensão dos efeitos obrigacionais aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica – visa a superar a discussão sobre se esta responde ou não, conjuntamente com os sócios ou administradores. Na prática, como é óbvio, recorre-se à superação da personalidade porque os bens da pessoa jurídica não bastam para satisfazer a obrigação”.²³

Houve aí ampliação dos pressupostos (abuso da personalidade por desvio de finalidade e confusão patrimonial), com possibilidade de atingir os bens dos sócios ou administradores por dívidas da sociedade.

Na tramitação em Segundo Turno na Câmara dos Deputados, sendo Relator Geral o Deputado Ricardo Fiuza, o texto foi mantido, com alteração da posição de uma vírgula.

AS TEORIAS

11. O instituto tem sido conceituado sob duas visões.

A *subjetivista*, que tem por pressuposto o abuso ou a fraude: “A teoria da desconsideração autoriza o juiz a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre que ocorre um uso abusivo ou fraudulento desta autonomia”.²⁴

O Prof. Fabio Ulhoa Coelho esclareceu, no artigo *Teoria maior e teoria menor da desconsideração*, que formulara, na primeira edição do seu *Curso de Direito Comercial*, em 1999, a tese da existência de duas teorias da dpj: a teoria maior, extraída das li-

falta original ou superveniente das suas condições de existência, como, por exemplo, a invalidade do contato social ou a dissolução da sociedade. Na segunda, subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios ou componentes; mas essa distinção é afastada, provisoriamente e tão-só para o caso concreto.” (COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 353.).

23 PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira (Coord.). *Memória Legislativa do Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 2012. p. 15.

24 COELHO. Fábio Ulhoa. Lineamentos da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. *Revista do Advogado*, São Paulo, nº 36, p. 38-44, mar. 1992. p. 40.

ções de Serick, aplicável quando caracterizada a fraude ou o abuso na manipulação da forma da pessoa jurídica; a teoria menor, que teria por “[...] pressuposto simplesmente o desatendimento de crédito titularizado perante a sociedade, em razão de insolvabilidade ou falência desta”.²⁵

Nesse artigo, o prestigiado professor faz a distinção entre credores negociais e não negociais, observando que a lei fiscal, a legislação previdenciária do INSS, e a Justiça do Trabalho, a legislação consumerista e a da proteção à concorrência (credores de obrigações não negociáveis; credores não empresários) autorizam a responsabilização direta de sócios, a evidenciar a tendência de preservar a autonomia patrimonial às obrigações de sociedade empresária perante outros empresários. Nas obrigações não negociáveis (ex. ato ilícito), “não se pode afastar a responsabilidade dos sócios”; nas negociáveis, poderá haver dpj apenas quando houver o uso abusivo ou fraudulento da autonomia do patrimônio personificado. A quebra do princípio da autonomia patrimonial nessas duas hipóteses, segundo Coelho:

[...] ainda estaria atendendo, de modo adequado, à finalidade de estímulo aos investimentos. Como, no entanto, a responsabilização dos sócios se tem verificado também em casos em que não há tais pressupostos, extrapolando os limites da desconsideração e contrariando a lei, corroem-se indubitavelmente as bases do instituto.²⁶

12. A objetivista, sustentada por Fabio Konder Comparato, atenta para o desvio de finalidade e confusão patrimonial.

Escreveu o Prof. Comparato:

A dpj é operada como consequência de um desvio de função, ou disfunção, resultante sem dúvida, no mais das vezes, de abuso ou fraude, mas que nem sempre constitui um ato ilícito. Daí por que não se deve cogitar da sanção de invalidade, pela inadequação de sua excessiva amplitude, e sim de ineficácia relativa.²⁷

25 COELHO, Fábio Ulhoa. A teoria maior e a teoria menor da desconsideração. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 17, nº 65, p. 21-30, jul./set. 2014. p. 21.

26 Ao considerar a personificação da sociedade e a responsabilidade dos sócios, o autor traz a ideia de Posner, expoente da análise econômica do direito, no sentido de que a personificação é um contrato *standard*, que define as responsabilidades; sem ele, os contratantes deveriam estabelecer caso a caso as cláusulas de responsabilidade, o que ficaria de logo definido com a aceitação da personificação e da autonomia do patrimônio da sociedade. (COELHO, Fábio Ulhoa. A teoria maior e a teoria menor da desconsideração. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 17, nº 65, p. 21-30, jul./set. 2014. nº 4.).

27 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 356.

O “abuso” que consta do texto seria a figura descrita no art. 187 do Código Civil, de elementos estritamente objetivos: exceder os limites impostos pelo fim econômico e social (do direito), a boa-fé e os bons costumes.²⁸

O art. 50 incide no caso de “certas obrigações”, que podem ter origem contratual ou extracontratual, mas sempre de ordem patrimonial.

O texto vigente é o seguinte:

“Art. 50. Em caso de abuso de personalidade jurídica caracterizada pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

AINDA AS TEORIAS

13. Segundo Fábio Ulhoa Coelho:

[...] pressuposto inafastável da dpj é a ocorrência da fraude por meio da separação patrimonial. Não basta qualquer fraude, mas exige-se especificamente a manipulação da autonomia patrimonial. Tampouco é suficiente a simples insolvência da pessoa jurídica [...]. O pressuposto da desconsideração é a ocorrência de fraude perpetrada com o uso da autonomia patrimonial da pessoa jurídica. Esta, que é a formulação mais corrente da teoria, dá, pois, relevo à presença de elemento subjetivo. Fabio Konder Comparato propôs uma formulação diversa, em que os pressupostos da desconsideração da autonomia da sociedade são objetivos, como a confusão patrimonial ou o desaparecimento do objeto social. Por essa razão é possível chamar a primeira de concepção subjetivista, e esta última de concepção objetivista da teoria da dpj.²⁹

O ilustre Min. Luis Felipe Salomão, em sede doutrinária, afirma que “[...] adota-se no âmbito de aplicação prática no direito brasileiro, a ‘teoria maior’ da dpj, que exige a ocorrência objetiva e subjetiva de alguns requisitos para sua configuração”.³⁰

28 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, v. 775, p. 18-31, maio 2000. p. 23.

29 COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 28. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 125.

30 SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 104.

Mais adiante, enfrentando a controvérsia sobre os requisitos necessários para a caracterização da dpj, cita jurisprudência que exige a prova do abuso ou da fraude (Resp. 228357/Terceira Turma, ac. de 2.2.2004; Resp. 370.068/GO, Terceira Turma, ac. de 14.3.2005; Resp. 1141447/SP, Terceira Turma). Lembra, logo após, lição de Fabio Konder Comparato, transcrita acima, n. 12.

Prof. Marlon Tomazette classifica as teorias em teoria maior (não basta o descumprimento, “[...] é necessário que tal descumprimento decorra do desvirtuamento da sua função”; teoria maior subjetiva (o pressuposto é o desvio da função que se constata na fraude e no abuso de direito relativos à autonomia patrimonial); teoria maior objetiva (é a confusão patrimonial o requisito primordial da dpj) teoria menor (basta o não pagamento de um crédito para se aplicar a dpj).³¹ O autor entende que “[...] a fraude e o abuso de direito relacionados à autonomia patrimonial são os fundamentos básicos da aplicação da desconsideração”.³² Analisando o art. 50 do Código Civil, considera que não basta a concepção objetiva, pois a confusão patrimonial é apenas um meio de comprovar o abuso da personalidade.³³

A CONVIVÊNCIA DAS DUAS POSIÇÕES

14. Sustenta-se que as duas soluções convivem, e podem servir de fundamento para a incidência da dpj, conforme o caso concreto. Depois de historiar as duas correntes, o ilustre Prof. Gustavo Tepedino lembrou:

Por outro lado, não raro ambas as teorias – objetiva e subjetiva – têm sido adotadas conjuntamente. Sustenta-se, em doutrina, a atribuição de um adequado elastério ao instituto, porquanto se contemplou não apenas a hipótese do abuso (teoria subjetiva) mas também a confusão patrimonial.³⁴

Segundo Couto Silva:

A coexistência de ambas as concepções é possível, completando uma a outra, pois a concepção objetivista não abrange todos os casos possíveis

31 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. v. 1. p. 254 e seguintes.

32 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. v. 1. p. 255.

33 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. v. 1. p. 273.

34 TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *RTDC: Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 8, nº 30, p. 53-77, abr./jun. 2007. p. 60.

de aplicação da teoria, devendo-se socorrer da concepção subjetivista que pode atingir maior número de hipóteses de aplicação da teoria.³⁵

João Batista Lopes encontra no art. 50 as duas posições, a subjetiva (abuso) e a objetiva (confusão patrimonial): “Emprestou-se, assim, adequado elastério ao instituto, porquanto se contemplou não apenas a hipótese de abuso (teoria subjetiva) mas também a confusão patrimonial”.³⁶

O ilustrado Prof. Márcio Souza Guimarães, com competente atuação nas varas de falência e recuperação judicial do Rio de Janeiro, também reúne as duas teses:

Apesar de a novel legislação (referia-se ao Código Civil de 2002) fazer alusão ao abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, não haverá modificação no cenário contemporâneo, sendo o abuso da personalidade jurídica o cerne do instituto, restando clarificado que o desvio de finalidade e a confusão patrimonial são exemplificativos.³⁷

NÃO SE APLICA A DPJ

15. A dpj não se aplica sempre que o ato puder ser impugnado por outras vias legalmente estabelecidas. Assim, a responsabilidade dos sócios e administradores, prevista na legislação societária, permite a imputação direta do ato ilícito e de seu efeito diretamente ao responsável, sem necessidade de recurso à dpj, de aplicação excepcional e extraordinária. Isso porque o ato da pessoa jurídica deve ser considerado lícito, para ensejar a dpj.³⁸ A dpj decorre de desvio da própria pessoa jurídica, e não de seu sócio ou administrador, hipótese na qual estes responderão direta e pessoalmente pelo dano.³⁹ O ato definido como *ultra vires* não conduz à dpj. É preciso que seja subsidiária a responsabilidade que se vai atribuir àquele contra quem é deferida a dpj; logo, se for direta, não há espaço para a dpj.

35 SILVA, Alexandre Couto. Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código Civil. In: RODRIGUES, Frederico Viana (Coord.). *Direito de empresa no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 451.

36 LOPES, João Batista. Desconsideração da personalidade jurídica no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 818, p. 36-46, dez. 2003. p. 36.

37 GUIMARÃES, Marcio Souza. Aspectos modernos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, nº 25, p. 229-243 2004. p. 235.

38 COELHO, Fábio Ulhoa. Lineamentos da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. *Revista do Advogado*, São Paulo, nº 36, p. 38-44, mar. 1992. p. 43.

39 “Apenas se cogita da dpj quando a prática do ato for formalmente lícita, associada a ato abusivo ou à fraude, já que tanto a ilicitude quanto a má administração acarretarão consequências específicas diretamente em face do responsável.” TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *RTDC: Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 8, nº 30, p. 53-77, abr./jun. 2007. p. 62.

Conforme Couto Silva:

Os atos dos administradores serão *ultra vires* quando estiverem em desacordo com a atividade e o fim da empresa; quando incorrerem em violação do contrato ou dos estatutos sociais; ou quando não forem expressamente autorizados pelos estatutos por serem dispensáveis à realização do objeto social. No caso dos atos *ultra vires*, os terceiros de boa-fé que contrataram e sofreram prejuízos terão como válidos esses atos, respondendo a sociedade perante terceiros de boa-fé, e o administrador perante a sociedade.^{40 41}

Assim, apesar de pensamento corrente, a dpj não está nos casos em que a lei atribui diretamente a pessoas naturais a responsabilidade pela prática de atos danosos.⁴²

AS NORMAS ESPECIAIS

16. O art. 28 do Código de Defesa do Consumidor imputa a responsabilidade diretamente às pessoas que arrola:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

40 SILVA, Alexandre Couto. Desconsideração da Personalidade jurídica: limites para sua aplicação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, v. 780, p. 47-58, out. 2000. p. 47.

41 “A teoria *ultra vires* está fundamentada na noção de objeto social, que, para Valverde, engloba tanto a atividade, que é o ramo empresarial da sociedade, quanto o fim, que é o lucro. Para Barbi Filho, ao se admitir a existência desses dois elementos dentro da noção de objeto social, será *ultra vires* o ato praticado pelo administrador em desacordo com esses elementos, ao mesmo tempo ou apenas com um deles. Serão também *ultra vires* os atos de qualquer natureza vedados nos estatutos ou contratos sociais e aqueles que não estão expressamente autorizados pelos estatutos por serem dispensáveis à realização do objeto social. Aqueles que de boa-fé sofrerem prejuízos terão como válidos esses atos. Deve-se salientar que a sociedade responderá perante terceiro de boa-fé e o administrador responderá perante a sociedade.” (SILVA, Alexandre Couto. Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código Civil. In: RODRIGUES, Frederico Viana (Coord.). *Direito de empresa no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 441).

42 “Os arts. 117 e 158 da Lei 6.404/1976, e art. 135 da Lei 5.175/1966 (CTN), são exemplos de dispositivos que preveem a responsabilidade civil simples de sócios e administradores.” (CORRÊA JR., Gilberto Deon; MOTTIN, Gabriela Weirich. A desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 62, nov. 2008 – abr. 2009. p.122).

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

17. Segundo Sztajn:

A perplexidade do intérprete na avaliação do art. 28 deverá ser desfeita na medida em que os tribunais passem a aplicar a norma, dando-lhe construção prática. Se, porém, a dpj, medida excepcional, for utilizada irrestritamente, corre-se o risco de perder um instrumento valioso na apreciação das razões que levam à constituição de sociedades em que o sócio alcança a limitação de sua responsabilidade patrimonial no exercício conjunto de atividades econômicas.⁴³

A ilustrada Profa. Ada Pellegrini Grinover, uma das autoras do Código de Defesa do Consumidor, também recomenda a obediência aos princípios da dpj, para a aplicação do art. 28:

Mesmo nos casos em que a legislação – como no caso da tutela do consumidor e mesmo do meio ambiente – sugere que a desconsideração possa ser feita pela simples insuficiência do patrimônio daquele que, no plano material, ostenta a qualidade de devedor (titular passivo da obrigação), ainda nesses casos a mais autorizada doutrina salienta que a interpretação de tais dispositivos só pode e deve ser feita à luz de todo o arcabouço doutrinário que preparou a incorporação da regra pelo sistema positivo e, assim e de volta ao início, a dpj deve ser vista como medida excepcional.⁴⁴

O STJ, no Resp. 279.273/SP, Terceira Turma, ac. de 24.10.2006, decidiu o caso do Shopping Center de Osasco. O Tribunal, por maioria, aplicou a teoria menor para fazer incidir o art. 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor, responsabilizando os

43 SZTAJN, Rachel. Desconsideração da Personalidade Jurídica. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 2, p. 67-75, jun. 1992. p. 67.

44 GRINOVER, Alda Pellegrini. A desconsideração da pessoa jurídica: aspectos de direito material e processual. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 52, nº 320, p. 7-21, jun. 2004. p. 17.

sócios. O voto vencido, porém, afirmou que a incidência do § 5º está condicionada aos requisitos do *caput* do art. 28.⁴⁵

O art. 28 do Código de Defesa do Consumidor tem sido objeto de críticas da doutrina, afirmando-se que apenas o *caput* prevê hipótese de dpj, enquanto os parágrafos 2º, 3º e 4º seriam o desvirtuamento do instituto.⁴⁶

O § 5º tem sido especialmente analisado, a começar pelo Resp. 279.273/SP. Naquele julgado, a maioria da Terceira Turma do STJ optou pela teoria menor, aplicando a dpj mediante “a mera prova da insolvência da pessoa jurídica” (voto vencedor da Min. Nancy Andrighi), tese defendida pela doutrina consumerista, acentuando o princípio da defesa do consumidor.⁴⁷

Gustavo Tepedino entende que, depois do Código Civil (art. 50):

[...] apenas se afigura possível desconsiderar a pessoa jurídica, atingindo o patrimônio do sócio ou administrador que praticou ato fraudulento, por meio de controle social, sendo, igualmente imperativo que haja demonstração de fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial.⁴⁸

18. A Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o sistema brasileiro da concorrência, no seu art. 34 admite a dpj “quando houver da parte deste (o responsável) abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social”. O parágrafo único do artigo estende a possibilidade da dpj “quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

Como se vê, a Lei 12.529/2011 autoriza a dpj nos mesmos termos do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor. Tomazette informa que não se tem notícia de sua aplicação pelo CADE. Os arts. 32 e 33 estabelecem a responsabilidade solidária de

45 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 279.273 – SP*. Terceira Turma. Recorrente: B Sete Participações S/A e outros. Recorrente: Marcelo Marinho de Andrade Zanotto e outros. Relator: Ministro Ari Pargendler (autor do voto vencido). Relatora para acórdão: Ministra Nancy Andrighi. Acórdão de 4 dez. 2003.

46 CORRÊA JR., Gilberto Deon; MOTTIN, Gabriela Weirich. A desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 62, nov. 2008 – abr. 2009. p. 123.

47 A eminente Des. Cristina Teresa GAULIA, magistrada exemplar, sustenta que a dpj é um dever do juiz, “[...] sempre que o mesmo se defrontar com obstáculo ao ressarcimento do consumidor criado pela personalidade jurídica do fornecedor”. (A desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 43, p. 158-177, jul./set. 2002. p. 158). Também RIZZATTO NUNES autoriza a incidência da dpj independentemente de fraude ou infração à lei (NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 357).

48 TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *RTDC: Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 8, nº 30, p. 53-77, abr./jun. 2007. p. 68.

dirigentes, administradores e integrantes do mesmo grupo econômico,⁴⁹ a dispensar da dpj.

19. Lei 9.605, de 12.2.1998, sobre o meio ambiente, reproduz, no seu art. 4º o texto do § 5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor. Reza o art. 4º: “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”. Deon e Mottin observam que:

[...] a interpretação deste artigo deve ser cautelosa, devendo-se definir os exatos limites da expressão ‘obstáculo para ressarcimento de prejuízos causados’, em proteção e em consonância com a regra da autonomia patrimonial entre pessoa natural e jurídica, prevista atualmente na legislação civil.⁵⁰

20. Os arts. 134 e 135 do CTN atribuem responsabilidade pessoal e direta às pessoas que menciona, de sorte que a ação contra elas independe de desconsideração da pessoa jurídica, uma vez demonstrados o excesso de poderes ou a infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos.⁵¹

21. No Direito do Trabalho (art. 2º da CLT) tem sido aplicada a teoria menor, que permite o acesso aos bens dos sócios do devedor independente de pesquisar outros elementos além da insolvência do devedor (TRT.1, AgPet. 102978201105010003, Terceira Turma, de 4.6.2012; também: TRT.2 – Ap. 004540011200650020078, 8ª Turma, ac. de 4.2.2014).

Sobre esse ponto, Corrêa e Mottin disseram que a dpj, objetivando apenas a proteção do trabalhador, desconhece os princípios do direito civil e comercial. Invocam a lição de Fábio Ulhoa Coelho, que só admite a superação do princípio da autonomia patrimonial, quando necessária à repressão de fraudes e à coibição do mau uso da pessoa jurídica.⁵²

49 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. v. 1. p. 271.

50 CORRÊA JR., Gilberto Deon; MOTTIN, Gabriela Weirich. A desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 62, nov. 2008 – abr. 2009. p. 119.

51 SILVA, Alexandre Alberto Teodoro. *A desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 230.

52 CORRÊA JR., Gilberto Deon; MOTTIN, Gabriela Weirich. A desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 62, nov. 2008 – abr. 2009. p. 126.

COELHO, Fábio Ulhoa Coelho. *Curso de direito comercial: teoria geral das sociedades: a sociedade anônima: a sociedade limitada e outros temas*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2002. v. 2. p. 54.

22. O art. 82 da Lei 11.101/2005, Lei de Falência, prevê o caso de responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, a ser examinada de acordo com a legislação societária. Não é caso de dpj, mas de imputação direta.

23. Lei 9.847/99, trata da distribuição de combustíveis e, no seu art. 18, § 3º, reza:

Poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica da sociedade sempre que esta constituir obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados ao abastecimento nacional de combustíveis ou ao Sistema nacional de estoques de combustíveis.⁵³

A maioria entende que se trata de aplicação da teoria menor. Tomazette sustenta que não há espaço para a aplicação dessa teoria, apenas a permissão para a dpj, se houver uso indevido da autonomia patrimonial.⁵⁴

24. A Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, Lei Anticorrupção, atribui responsabilidade objetiva à pessoa jurídica, e subjetiva a seus administradores, pela prática de atos contra a administração pública (art. 2º, art. 3º, § 2º). O seu art. 14 tem o seguinte teor:

A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada como abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.⁵⁵

Essa disposição se aplica para o procedimento administrativo e suas punições. A regra foi criticada pelo Mestre Modesto Carvalhosa, por entender que a pessoa jurídica é a principal visada no procedimento destinado a apurar e punir atos de corrupção da administração pública, pelo que não poderia ser desconsiderada a pj, pois com isso o procedimento perde o seu objeto. O artigo ainda padece de séria crítica ao atribuir a competência para a desconsideração à autoridade administrativa, quando essa decisão cabe exclusivamente ao Judiciário.⁵⁶ A apuração dos danos

53 BRASIL. *Lei nº 9.847, de 26 de outubro de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9847.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

54 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. v. 1. p. 272.

55 BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

56 CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, p 363.

na esfera judicial está prevista no art. 18, sem referência à dpj, que se rege pelo art. 50 do Código Civil.

25. A Lei 13.303, de 30.6.2016, dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias. O acionista controlador (art. 15) assim como o administrador (art. 16) estão submetidos às regras da Lei 6.404/76. Isto é, são casos de responsabilidade direta da pessoa física.

26. Ao comentar três desses diplomas (art. 28 do Código de Defesa do Consumidor; art. 18 da Lei 8884/94, Lei Antitruste; e a Lei 9605/98, sobre o meio ambiente), Lucila de Oliveira Carvalho registra que tais disposições extrapolaram os simples casos de dpj por abuso e fraude à lei, devendo tais disposições ser interpretadas conforme o disposto no art. 50 do Código Civil, cabendo aos tribunais, em cada caso, cuidar de defender o interesse do terceiro de boa-fé e, de outro lado, preservar a personalidade jurídica da sociedade.⁵⁷

A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA

27. Denomina-se desconsideração inversa a dpj que atinge os bens da pessoa jurídica por dívida particular do sócio. Os termos amplos do art. 50 do Código Civil permitem a sua aplicação, o que ocorre principalmente no campo do direito de família, na separação do casal ou nas ações de alimentos. Nessas hipóteses, a transferência de patrimônio à pessoa jurídica pode ser a burla da obrigação do cônjuge.⁵⁸

Desconsideração indireta é o título atribuído por Márcio Guimarães ao capítulo em que estuda a dpj em uma constelação de sociedades: controlada, subsidiária, coligada, integrante de grupo ou consórcio.⁵⁹

A DPJ E OS GRUPOS SOCIETÁRIOS

28. Segundo Limborço:

Particularmente na área de direito societário, arestos esparsos têm-se referido à *disregard doctrine*, sobretudo quando se cogita dos poderes da hol-

57 CARVALHO, Lucila de Oliveira. A administração da sociedade limitada e o novo Código Civil. In: RODRIGUES, Frederico Viana (Coord.). *Direito de empresa no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 245-246.

58 GUIMARÃES, Marcio Souza. Aspectos modernos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, nº 25, p. 229-243 2004. p. 240.
- TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *RTDC: Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 8, nº 30, p. 53-77, abr./jun. 2007. p. 69.

59 GUIMARÃES, Marcio Souza. Aspectos modernos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, nº 25, p. 229-243 2004. p. 241.

ding em relação às subsidiárias. Essas referências à *disregard doctrine*, em tais casos, são impróprias, porque a *holding*, detendo o controle acionário das subsidiárias, delibera por elas, sem que isso possa ser considerado genericamente como despersonalização delas. Pelo menos, é o que se infere, segundo a sistematização da *disregard doctrine* nos Estados Unidos da América. E como essa doutrina não está expressamente adotada no Brasil (o artigo é de 1984), a orientação deve vir de onde ela é aplicada.⁶⁰

Suzy Koury discorre sobre grupos de sociedades e a dpj. Faz a distinção entre grupos de fato (sociedades coligadas, controladoras e controladas) e grupos de direito (controladoras e controladas, com convenção levada a registro – situação pouco comum); grupos de coordenação (consórcios – art. 278), e grupos de subordinação, estes constituídos por convenção.⁶¹

Sobre a aplicação da dpj, sua lição é favorável:

(a) não comunga do entendimento de Limborço, cita os arts. 116 e 117 da Lei 6.404, invoca a autoridade de Justen Filho e conclui:

Trata-se de hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, pois o legislador subestima a personalidade jurídica da sociedade, para penetrar-lhe o substrato e, verificando a existência de interesse comum entre ela e o controlador, que pode ser uma outra sociedade, formando-se assim um grupo, afirma haver aí abuso de poder de controle, responsabilizando o controlador.⁶²

(b) segundo a mesma jurista, na hipótese §1º do art. 141 da Lei 11.101, de 9.2.2005, que regula a recuperação e a falência, aplica-se a dpj quando parentes ou sócios adquirem bens na arrematação de bens da devedora (sabendo-se que a regra geral é a de aquisição livre de qualquer ônus - art. 141, §2º);⁶³

(c) também se aplica a dpj aos grupos de sociedade por dívidas tributárias, e com isso afasta o argumento de que o princípio da legalidade impediria responsabilizar terceiro.⁶⁴

60 LIMBORÇO, Lauro. Disregard of legal entity. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Org.). *Direito civil: parte geral: pessoas e domicílio: aspectos gerais, pessoas naturais, pessoas jurídicas, domicílio*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011. v. 3. (Doutrinas essenciais). p. 1006, nº 2.1.

61 KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica: disregard doctrine e os grupos de empresas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

62 KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica: disregard doctrine e os grupos de empresas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 141.

63 KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica: disregard doctrine e os grupos de empresas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 147.

64 KOURY, Susy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica: disregard doctrine e os grupos de empresas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 149.

De entendimento diferente, Alexandre Couto Silva cita a lição de Luciano Amaro (*Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor. Revista Ajuris*, n 20, p. 73), para quem é desnecessário aplicar a teoria da dpj no âmbito das sociedades anônimas quando:

[...] a lei cuida de responsabilidade solidária, ou subsidiária, ou pessoal dos sócios, por obrigação da pessoa jurídica, ou quando ela proíbe que certas operações, vedadas aos sócios, sejam praticadas pela pessoa jurídica, não é preciso desconsiderar a empresa para imputar as obrigações aos sócios, pois, mesmo considerada a pessoa jurídica, a implicação ou responsabilidade do sócio já decorre do preceito legal.⁶⁵

Silva registra a controvérsia existente sobre o tema, citando a posição contrária de Justen Filho,⁶⁶ mas conclui que os arts. 116, 117 e 146 da Lei das S.A. “[...] não possuem qualquer relação com a teoria da dpj”.⁶⁷

LEGITIMIDADE PARA DECIDIR SOBRE A DPJ

29. Partindo da premissa de que a dpj é providência extraordinária, deferida excepcionalmente ao juiz, presentes os requisitos legais, o Prof. Gustavo Tepedino afirma que o disposto no art. 50 do Código Civil:

[...] colide com a pretensão de autoridades administrativas, no plano do direito tributário, de desconsiderar a pessoa jurídica [...]. A dpj consubstancia-se em expediente excepcional atribuído ao juiz, a requerimento da parte ou do MP, não podendo ser determinado por autoridade fazendária.⁶⁸

O ilustre mestre admite a atuação da autoridade fiscal, com base no art. 116, parágrafo único do CTN, na hipótese de uma dissimulação, quando o fiscal está “diante de uma farsa”. A mesma restrição deve ser estendida à atuação do Auditor Fiscal da Previdência.⁶⁹

65 SILVA, Alexandre Couto. Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código Civil. In: RODRIGUES, Frederico Viana (Coord.). *Direito de empresa no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 440.

66 JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1987. p. 148-151.

67 SILVA, Alexandre Couto. Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código Civil. In: RODRIGUES, Frederico Viana (Coord.). *Direito de empresa no novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 441.

68 TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *RTDC: Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 8, nº 30, p. 53-77, abr./jun. 2007.

69 TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *RTDC: Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 8, nº 30, p. 53-77, abr./jun. 2007. p. 72-75.

EFEITO

30. A dpj permite afastar a personificação, sem extinguir a pessoa jurídica, para autorizar a constrição de bens do sócio ou administrador, ou para atingir os bens da pessoa jurídica, por dívida do sócio, ou de outra empresa do grupo. A dpj não permite o ataque aos bens de todos os sócios ou de todo o patrimônio da sociedade, mas apenas daqueles sócios que participaram ou se beneficiaram do abuso ou da fraude, e apenas aqueles bens que foram indevidamente desviados para compor fraudulentamente o patrimônio da sociedade. O STJ já decidiu: “Os efeitos da dpj somente alcançam os sócios participantes da conduta ilícita ou que dela se beneficiaram, ainda que se trate de sócio majoritário ou controlador”.⁷⁰

Conforme Lamartine: “A subsidiariedade é essencial aos autênticos casos de desconsideração, em que se supõe a prévia demonstração da insolvência do primariamente responsável”.⁷¹

DECADÊNCIA

31. O direito de requerer a desconsideração é potestativo, e por isso sujeito a prazo decadencial. Não existe previsão legal estabelecendo esse tempo, pelo que tem sido afirmado que, sem lei, “[...] prevalece a regra geral de inesgotabilidade ou da perpetuidade, segundo a qual os direitos não se extinguem pelo não uso”.⁷²

Ocorre que, nesses casos, assim como acontece com a resolução dos contratos (que também é um direito potestativo, sem previsão de prazo decadencial), o devedor não pode ficar indefinidamente sujeito a ser surpreendido com a citação para pagar uma dívida por dpj. Imaginemos a situação de um administrador ou de um conselheiro de S.A. há muito afastado da empresa, que vem a ter seus bens penhorados por dívida cujo crédito tinha sua pretensão prescrita. Ora, se o credor já não pode agir contra o seu devedor, com muito mais razão não poderá executar o terceiro, atingido pela dpj. Aplica-se aqui a mesma regra para o direito potestativo de resolução, solução preconizada por Pontes de Miranda:

Se o credor não mais podia cobrar, não mais pode pedir a resolução ou a resilição por inadimplemento porque o réu não mais tem a obrigação de prestar, embora deva.⁷³

70 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.325.663* – SP. Terceira Turma. Recorrente: Morocó Participações e Comércio S/A. Recorrido: Riprauto Veículos Ltda – Massa Falida. Relatora: Ministra Nancy Andriahi. Acórdão de 11 jun. 2013.

71 OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 611.

72 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 131.2591* – RS. Quarta Turma. Recorrente: Eaton Holding S/A. Recorrido: Raysul Comércio E Serviços Tecnológicos Ltda. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Acórdão de 11 jun. 2013.

73 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: parte especial*. Atualizado por Nelson Nery Jr. [e] Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2012. t. 25. (Coleção Tratado de Direito Privado). p. 365.

Estando prescrito o direito de crédito, não cabe requerer a dpj, pelo que este direito potestativo se extingue porque lhe falta um elemento de suporte.

ENTENDIMENTOS CONTRÁRIOS À FIGURA

32. Muitas vozes respeitáveis levantam-se contra o instituto da dpj, ou exigem sua restrição a lindes estreitos. A primeira delas foi de Pontes de Miranda, que atribui a *disregard of legal entity* à influência do capitalismo cego.⁷⁴

Rachel Sztajn, depois de lembrar que a nossa experiência judicial apenas registra ações de dpj envolvendo sociedades, e nenhum outro tipo de entidade coletiva, e de observar a inexistência de regras precisas sobre os casos de dpj, assim critica o uso que está sendo feito:

Considerando o risco empresarial que tal norma impõe aos empresários, é de se indagar se ainda vale a pena, sem seguro e sem repasse para os preços e, portanto, para o próprio consumidor, exercer atividade econômica no país. Os benefícios da limitação da responsabilidade, construídos ao longo de muito tempo, desapareceram de uma penada. Concluindo, mesmo sem análise de decisões de juízes que determinaram a liquidação das sociedades ao aplicarem a doutrina da dpj, é importante ressaltar que a dpj constitui forma de desincentivar o exercício de atividades muito arriscadas e em detrimento dos credores. Corresponde à regra de ilimitação de responsabilidade patrimonial dos gerentes nas sociedades primitivas, representando freio ao poder 'sem responsabilidade'.⁷⁵

Luiz Eduardo Martins Ferreira, consultor da Bovespa, relata os efeitos que decorre da dpj, com o bloqueio eletrônico de contas-correntes bancárias, de investimento ou de custódia:

Conselheiros de administração e diretores de grandes empresas, inclusive de companhias abertas, têm tido suas contas bloqueadas sem que tivessem tido qualquer participação no fato que deu origem ao bloqueio. Muitos deles já deixaram as empresas há muito tempo e volta e meia são surpreendidos [...]. Esse bloqueio indevido atinge também os fundos de pensão, o próprio BNDES e os fundos de *private equity ou venture capital*, que indicam conselheiros de administração e diretores para as empresas onde colocam

74 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*: parte especial. Atualizado por Alfredo de Assis Gonçalves Neto. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2012. t. 50. (Coleção Tratado de Direito Privado). p. 323, §5.

75 SZTAJN, Rachel. Sobre a Desconsideração da personalidade jurídica. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Org.). *Direito civil*: parte geral: pessoas e domicílio: aspectos gerais, pessoas naturais, pessoas jurídicas, domicílio. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011. v. 3. (Doutrinas essenciais). p. 1239.

capital [...]. A permanecer a situação atual de uso inadequado – e até mesmo abusivo – da decretação da dpj, uma pergunta surge de imediato: quem vai querer ser conselheiro ou diretor? É claro que há um seguro que cobre este tipo de risco legal, o chamado D&O (*directors and officers*), cujo custo, variável de acordo com o risco segurado, é pago pela empresa, onerando-a.⁷⁶

Ana Caroline Ceolin reclama:

De fato, nota-se que os pretórios brasileiros estão transformando a doutrina da desconsideração numa verdadeira panaceia, em que é possível solucionar todos os problemas advindos da pessoa jurídica com o simples afastamento de sua personalidade perante o caso concreto. O que se vislumbra é um festival de equívocos e abusos que levarão, em última análise, a um desvirtuamento da pessoa jurídica e ensejarão, por conseguinte, prejuízos de ordem econômica e social para o país.⁷⁷

Marcio Tadeu Guimarães Nunes criticou o instituto em aprofundado estudo. Escreveu: “A teoria da dpj não é necessária, tanto do ponto de vista econômico quanto do jurídico”,⁷⁸ e enumera as diversas respostas que o sistema já dá para as situações de crise da pessoa jurídica: abuso de direito, simulação, negócio jurídico indireto, fraude em suas diversas espécies, teoria da aparência, teoria *ultra vires*, função social do contrato, boa-fé, etc.

O Prof. Lamartine, ao comentar a lição de Serick, observou que ela compreendia:

[...] casos perfeitamente remediáveis pela terapêutica clássica de Direito Civil. Exemplos dessa terapêutica clássica são encontráveis nos casos de invocação da teoria da aparência, da incidência das regras sobre simulação ou desse caso particular de abuso de direito que é o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*)⁷⁹

Mas o Mestre paranaense concluiu:

Resta a pergunta: apesar de todas as soluções ditas clássicas, não restará um resíduo de verdadeiros casos de desconsideração? Acreditamos que

76 FERREIRA, Luiz Eduardo Martins. Desconsideração da personalidade jurídica: uso e abuso. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 11, nº 41, p. 127-132, jul./set. 2008. p. 127.

77 CEOLIN, Ana Caroline Santos. *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. XIV.

78 NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 47.

79 OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 610.

sim. E é principalmente para a solução desse resíduo não solucionável que ganha relevo o esquema subjetivista de Serick.⁸⁰

Marcio Tadeu invoca a lição do Prof. Stephen Brainbridge, da Universidade da Califórnia:

The standards by which veil piercing is effected are vague, leaving judges with great discretion. The result has been uncertainty and lack of predictability, increasing transaction costs for small business. At the same time, however, there is no evidence that veil piercing has been rigorously applied to effect socially beneficial policy outcomes. Judges typically seem to be concerned more with the facts and equities of the specific case at bar than with the implications of personal shareholder liability for society at large. Veil piercing thus has costs, but no social pay-off.⁸¹

33. Mas, de outro lado, a doutrina tem acentuado que o instituto da dpj não se destina a enfraquecer a teoria da pessoa jurídica, ao contrário, a preserva e fortalece:

34. A teoria da dpj não é uma elaboração doutrinária na perspectiva do questionamento daquele instituto. Muito pelo contrário, a teoria de desconsideração visa, mesmo, ao aperfeiçoamento da disciplina da pessoa jurídica, de forma a compatibilizar a sua importância para o sistema econômico existente e a coibição das fraudes e abusos que, através dela, são praticados.⁸²

DPJ E DESPERSONALIZAÇÃO DA PESSOA

35. A dpj não se confunde com a despersonalização da pj, nesta:

[...] a pessoa jurídica desaparece como sujeito autônomo, em razão da falta original ou superveniente das suas condições de existência, como, por exemplo, a invalidade do contrato social ou a dissolução da sociedade. Na segunda – a desconsideração – subsiste o princípio da autonomia subjetiva da pessoa coletiva, distinta da pessoa de seus sócios ou componente. Mas essa distinção é afastada, provisoriamente e tão só para o caso concreto.⁸³

80 OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 612.

81 BRAINDBRIDGE, Stephen M. Abolishing Veil Piercing. *The Journal of Corporation Law*, Los Angeles, Vol. 26, No. 3, pp. 470-535, Spring 2001. p. 481. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=291060>. Acesso em: 10 abr. 2017.

82 COELHO, Fábio Ulhoa. Lineamentos da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. *Revista do Advogado*, São Paulo, nº 36, p. 38-44, mar. 1992. p. 39.

83 COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 283.

36. Precedentes do STJ

Resp. 158.051/RJ. Quarta Turma, ac. de 22.9.1998. Caso Bateau Mouche. Cabimento da dpj por abuso de direito, fraude à lei, com prejuízo de terceiros.⁸⁴

Resp. 418.385/SP. Quarta Turma, ac. de 21.6.2007. Decretada a dpj por fraude na dação em pagamento, em prejuízo do patrimônio da massa falida.⁸⁵

RMS 12872/SP. Terceira Turma, ac. de 16.12.2002. Pertencendo a falida a grupo de sociedades, com estrutura apenas formal é legítima a desconsideração para que os efeitos da falência alcancem as demais. (Citado no Resp. 767921/RJ, Primeira Turma, ac. de 16.8.2005).⁸⁶

Resp. 744.107/SP. Quarta Turma, ac. de 20.5.2008. Não se decreta a dpj se não demonstrados atos fraudulentos, confusão patrimonial ou desvio de finalidade.⁸⁷

Resp. 647.493/SC. Segunda Turma, ac. de 22.5.2007. Não decretada a dpj por falta de prova do abuso, por não se constituir a personificação obstáculo à reparação ambiental, sem demonstração de que os sócios têm maior poder de insolvência.⁸⁸

Resp. 279.273/SP. Terceira Turma, ac. de 24.10.2006. Usa-se a teoria menor para aplicação do art. 28, §5º, do Código de Defesa do Consumidor. Voto vencido: A incidência do §5º está condicionada aos requisitos do *caput* do art. 28.⁸⁹

Resp. 282.266/RJ. Terceira Turma, ac. de 11.4.2002. O credor não pode, previamente, promover ação para dpj, dirigindo a ação diretamente contra os sócios.⁹⁰

84 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 158.051 – RJ. Quarta Turma. Recorrente: União e Ramon Rodriguez Crespo e outros. Recorrido: Boris Jaime Lerner e outro. Relator: Ministro Barros Monteiro. Acórdão de 22 set. 1998.

85 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 418.385 – SP*. Quarta Turma. Recorrente: Market Consultoria em Leilões S/C Ltda e outro. Recorrido: Barnet Indústria e Comércio S/A – Massa Falida. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Acórdão de 19 jun. 2007.

86 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 12.872 – SP*. Terceira Turma. Recorrente: KL Instrumentos de Precisão Ltda. Recorrido: Masterninvest Investimentos Ltda. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Acórdão de 24 jun. 2004.

87 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 744.107 – SP*. Quarta Turma. Recorrente: Áurea Administração e Participações S/A. Recorrido: São Paulo Transporte S/A. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Acórdão de 20 maio 2008.

88 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 647.493 – SC*. Segunda Turma. Recorrentes: União; Companhia Siderúrgica Nacional – CSN; Companhia Carbonífera Urussanga e outros; Carbonífera Metropolitana S/A.; Ministério Público Federal. Recorridos: Os Mesmos; Augusto Baptista Pereira – Espólio Repr. Por: Helena Baptista Pereira Estrázulas – Inventariante; Nova Próspera Mineração S/A.; Fábio Augusto Ronchi; João Zanette e outros; Estado de Santa Catarina; Sebastião Netto Campos e outros. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Acórdão de 22 maio 2007.

89 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 279.273 – SP*. Terceira Turma. Recorrente: B Sete Participações S/A e outros. Recorrente: Marcelo Marinho de Andrade Zanotto e outros. Relator: Ministro Ari Pargendler. Relatora para acórdão: Ministra Nancy Andrighi. Acórdão de 4 dez. 2003.

90 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 282.266 – RJ*. Terceira Turma. Recorrente: Sílvia Klein. Recorrido: Leny Corrêa Cabral. Relator: Ministro Ari Pargendler. Acórdão de 18 abr. 2002.

RMS 14.168/SP. Terceira Turma, ac. de 30.4.2002. Pertencendo a falida a grupo de sociedades, com estrutura meramente formal, é legítima a dpj, verificados os pressupostos.⁹¹

Resp. 786.345/SP. Terceira Turma, ac. de 26.11.2008. A dpj de S.A. ou de sociedade limitada atinge só administrador e sócio gerente, não o acionista ou sócio.⁹²

AgRgAresp. 794.237/SP. Segunda Turma, ac. de 22.3.16. Aplica-se quando a pessoa jurídica tenha sido instrumento para fins fraudulentos, mediante o desvio de finalidade ou confusão patrimonial.⁹³

AgRg Aresp. 831.748/SC. 4ª. Turma, ac. de 7.3.16. Aceita-se a teoria maior. A dpj exige abuso de personalidade, como excesso de mandato, desvio de finalidade (ato intencional para fraudar terceiros), ou confusão patrimonial.⁹⁴

Aresp. 588.587/RS. Quarta Turma, ac. de 22.6.15. A mera inadimplência não enseja dpj.⁹⁵

AgRgAgRgAresp 334.883/RJ. Terceira Turma. ac. de 18.2.16. É possível a dpj conforme a teoria maior (art. 50 do Código Civil).⁹⁶

AgRgResp. 1.498.568/SP. Terceira Turma, ac. de 14.12.2015. Encerramento das atividades e dissolução da sociedade, ainda que irregulares, não são causas para a dpj. (Idem: AgRg Aresp. 757873/PR. Ac. de 3.2.16; idem: AgRgAgAresp. 547.92, Quarta Turma, ac. de 1.10.15; idem: Eresp. 1.306.553/SC, Segunda Seção, ac. de 10.12.14); idem: AgRgSresp. 622.972/SC, Terceira Turma, ac. de 31.8.15; idem: AgRgResp. 1386576/SC, Terceira Turma, ac. de 25.5.2015).⁹⁷

91 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 14.168 – SP*. Terceira Turma. Recorrente: DCI Editora Jornalística Ltda. Recorrido: Transpev Transportes de Valores e Segurança Ltda. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Acórdão de 30 abr. 2002.

92 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 786.345 – SP*. Terceira Turma. Recorrente: Georgina Ilona Irma Zolcsak Molnar. Recorrido: Enco Zolcsak Equipamentos Industriais Ltda. – Massa Falida. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Relator para acórdão: Ministro Ari Pargendler. Acórdão de 21 ago. 2008.

93 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 794.237 – SP*. Segunda Turma. Agravante: Dersa Desenvolvimento Rodoviário SA. Agravado: Retimplast Indústria e Comércio de Plásticos. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Acórdão de 15 mar. 2016.

94 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 831.748 – SC*. Quarta Turma. Agravante: Cooperativa Regional Auriverde. Agravado: Triângulo Comércio de Alimentos Ltda. Relator: Ministro Raul Araújo. Acórdão de 23 fev. 2016.

95 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 588.587 – RS*. Quarta Turma. Agravante: Master Cópias e Encadernações Ltda. Agravado: Publiguias Editora Ltda. Relator: Ministro Raul Araújo. Acórdão de 22 jun. 2015.

96 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 334.883 – RJ*. Terceira Turma. Agravante: Star One S/A. Agravado: José Alberto Fonseca Guimarães. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Acórdão de 4 fev. 2016.

97 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.498.568 – SP*. Terceira Turma. Agravantes: Ana Paula Ruggieri Baiocchi; Daniela Ruggieri Baiocchi; Ricardo Ruggieri Baiocchi. Agravado: Wes Têxtil Ltda. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Acórdão de 3 dez. 2015.

Resp. 970.635/SP. Terceira Turma, ac. de 10.11.2009. A mudança de endereço e inexistência de bens não justificam dpj.⁹⁸

Resp. 1.141.447/SP. Terceira Turma, ac. de 8.2.2011. Exigência de dois requisitos, objetivo e subjetivo, para aplicação da dpj.⁹⁹

Eresp. 1.306.553/SC. da Segunda Seção, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, ac. de 10.12.2014:

Tratando-se de regra de exceção, de restrição ao princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a interpretação que melhor se coaduna com o art. 50 do Código Civil é a que relega a aplicação a casos extremos, em que a pessoa jurídica tenha sido instrumento para fins fraudulentos, configurado mediante o desvio da finalidade institucional ou a confusão patrimonial.¹⁰⁰

37. Enunciados das Jornadas de Direito Civil¹⁰¹

a) I Jornada de Direito Civil:

7 – Art. 50: Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido.

51 – Art. 50: A teoria da desconsideração da personalidade jurídica – disregard doctrine – fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema.

b) III Jornada de Direito Civil:

146 – Art. 50: Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial). (Este Enunciado não prejudica o Enunciado n. 7).

c) IV Jornada de Direito Civil:

281 – Art. 50: A aplicação da teoria da desconsideração, descrita no art. 50 do Código Civil, prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica.

283 – Art. 50: É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada

98 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 970.635 – SP*. Terceira Turma. Recorrente: Fermatic Indústria e Comércio de Máquinas Ltda. Recorrido: New Bel Representações Comerciais Ltda. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Acórdão de 10 nov. 2009.

99 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.141.447 – SP*. Terceira Turma. Recorrente: Ino Serviços Especializados de Telecomunicações Ltda. Recorrido: Ondafone Sistemas de Comunicação S/C Ltda. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Acórdão de 8 fev. 2011.

100 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.306.553 – SC*. Segunda Seção. Embargante: Comércio de Carnes Vale Verde Ltda. e outros. Embargado: Frigorífico Rost S/A. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Acórdão de 10 dez. 2014.

101 JORNADAS de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

“inversa” para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros.

285 – Art. 50: A teoria da desconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica, em seu favor.

d) V Jornada de Direito Civil

406 – Art. 50: A desconsideração da personalidade jurídica alcança os grupos de sociedade quando estiverem presentes os pressupostos do art. 50 do Código Civil e houver prejuízo para os credores até o limite transferido entre as sociedades.

O PROCEDIMENTO

38. O Novo Código de Processo Civil abriu espaço e regulou o procedimento relativo à dpj, direta ou inversa (art. 133, §2º), tratando-o como um incidente do processo, cabível em qualquer fase do processo de conhecimento, cumprimento de sentença ou execução de título extrajudicial (art. 134). O requerimento pode ser formulado pela parte ou pelo MP, quando lhe couber intervir no processo (art. 133), com a demonstração dos pressupostos específicos para a dpj (art. 134, §4º). Instaurado o incidente, o processo será suspenso (§3º), salvo se o requerimento de dpj tenha sido feito já na petição inicial (§2º). Haverá instrução, com citação do requerido, garantida a ampla defesa (arts. 135 e 136). A procedência do incidente implicará a ineficácia da alienação ou da oneração dos bens, em relação ao requerente (art.137).

As disposições no novo Código de Processo Civil têm muitos méritos: (a) regulam ambas as modalidades de desconsideração (direta e inversa); (b) exigem que o requerente demonstre a causa específica do pedido de dpj, o que limita a investigação e aponta para o autor do ato impugnado; (c) superam antiga controvérsia sobre o momento oportuno para o requerimento da dpj, que pode acontecer em qualquer fase; (d) mas exigem a consequente suspensão do processo, com a instauração da fase instrutória e oportunidade ampla de defesa; (e) consagram a ideia de que se cuida apenas de ineficácia do ato impugnado.

PROJETOS DE LEI

39. Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei PLC 69/2014 (Projeto n. 3401/2008, na origem), apresentado pelo Deputado Federal Bruno Araújo, aproveitando anterior projeto de 2003, de autoria do saudoso Deputado Ricardo Fiúza, de 2003, que regula o procedimento processual relativo à dpj.

O relevante nele é o disposto no art. 2º:

Art. 2º A parte que postular a desconsideração da personalidade jurídica ou a responsabilidade pessoal de membros, de instituidores, de sócios ou de administradores por obrigações da pessoa jurídica indicará, necessária e objetivamente, em requerimento específico, quais os atos por eles praticados

que ensejariam a respectiva responsabilização, na forma da lei específica, o mesmo devendo fazer o Ministério Público nos casos em que lhe couber intervir no processo.

Parágrafo único. O não atendimento das condições estabelecidas no caput ensejará o indeferimento liminar do pleito pelo juiz.

O IASP solicitou dos seus ilustres associados, Flavio Yarschell e Renan Thamay, pareceres sobre o projeto de lei. O primeiro concluiu pela inoportunidade, o segundo por substanciais alterações.

Diante da publicação do novo Código de Processo Civil, que dedicou uma seção para tratar do “Incidente de desconconsideração da pessoa jurídica”, consagrando os principais enunciados processuais, inclusive sobre os requisitos da petição inicial e garantia de defesa, parece realmente inconveniente a edição de lei para tratar do mesmo assunto, antes que se tenha experiência sobre a regulação constante do Código de Processo Civil, de recente vigência.

PROJETO DO NOVO CÓDIGO COMERCIAL

40. Tramita no Congresso Nacional o PL 1.572/2011, de autoria do Deputado Federal Vicente Cândido, com o texto de lavra do Prof. Fábio Ulhoa Coelho, que dispôs uma Seção para a figura da dpj:

Art. 128. Em caso de fraude perpetrada por meio da autonomia patrimonial da sociedade empresária, o juiz poderá ignorar a personalidade jurídica própria desta para imputar a responsabilidade ao sócio ou administrador.

Parágrafo único. A confusão patrimonial ou o desvio de finalidade importam a presunção relativa de fraude.

Art. 129. A simples insuficiência de bens no patrimônio da sociedade empresária para a satisfação de direito de credor não autoriza a desconconsideração de sua personalidade jurídica.

Os arts. 130 e 131 regulam o procedimento, com garantia à ampla defesa e ao contraditório.

O projeto põe na fraude o fundamento para a dpj, utilizando os conceitos de confusão patrimonial e de desvio de finalidade como presunção *hominis*, indiciadores da fraude.

A regra do art. 129, que seria posterior às existentes sobre o ponto e acolhedoras da dpj em caso de simples insolvência, deverá servir para a interpretação da legislação esparsa. Não seria caso de revogação daquelas normas, que tratam de situações específicas.

41. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A leitura dessas manifestações legislativas, doutrinárias e dos Tribunais põe em evidência a importância do tema que foi introduzido no Brasil pela palestra do Prof. Rubens Requião, homenageado neste livro.

Poucos institutos mereceram tantos estudos e suscitaram tantas controvérsias, de imediata aceitação por Juízes e Tribunais, com inúmeros julgados e diferentes fundamentações.

2. São espécies de dpj: a direta, com a desconsideração da pessoa jurídica para atingir o patrimônio individual do sócio ou administrador, ou mesmo de outra pessoa jurídica; a inversa, com a desconsideração da pessoa jurídica para atingir o seu patrimônio, por dívida individual do sócio ou administrador; a indireta, dpj por dívida de outra empresa.

3. Duas as correntes de sustentação da dpj: a subjetiva, que tem o abuso de direito ou a fraude como razão para a dpj; a objetiva, que se ampara nos fatos do desvio da finalidade da pessoa jurídica ou na confusão patrimonial.

A teoria também tem sido classificada em: teoria maior, que exige a presença dos elementos consagrados pela teoria subjetiva ou pela objetiva, e a teoria menor, que se satisfaz com a insolvência do devedor.

4. A legislação esparsa, tal como o Código de Defesa do Consumidor, a Lei Antitruste, a de proteção ao meio ambiente, satisfazem-se com a insolvência. Mas no primeiro caso, acredito que a incidência da dpj prevista no § 5º do art. 28, deve ser harmonizada com os pressupostos do *caput* desse artigo, como constou de voto vencido no STJ, do Min. Ari Pargendler. Nos demais, cumpre interpretar os dispositivos de algum modo associando-o aos requisitos do art. 50 do Código Civil.

5. A maioria da doutrina e dos julgados no STJ tem reiteradamente mencionado a fraude ou o abuso para fundamentar a dpj, sem negar, porém, o enunciado do art. 50. Isso me permite concluir que o art. 50 não exclui a ideia subjetiva, apenas explicita que o abuso a que se refere o início daquele preceito corresponde presumidamente ao desvio de finalidade e à confusão patrimonial, sem excluir outras ocorrências. Isto é, as duas vertentes se aproximam e convivem, suprimindo cada uma a deficiência de suporte fático da outra. Esta parece a feliz contribuição do Projeto do Código Comercial, ora em tramitação no Congresso Nacional, que tem o desvio e a confusão como fatos presuntivos do abuso, elemento subjetivo.

6. A orientação jurisprudencial predominante no STJ, firmada em embargos de divergência julgado pela Segunda Seção, tem a dpj como remédio excepcional, restrita aos casos de abuso, fraude, desvio da personalidade ou confusão patrimonial.

7. Cumpre diferenciar os casos de (a) desconsideração, pelos quais a transposição da responsabilidade decorre de decisão judicial, diante das circunstâncias do caso concreto e atendidos os pressupostos, da (b) responsabilidade transubjetiva, determinada por lei, que imputa diretamente a terceira pessoa a responsabilidade pelo ato de outrem, caso denominado de imputação, como acontece com a responsabilidade do

pai pelo ato do filho, do preponente pelo ato do preposto, da sociedade pelo ato do administrador ou do sócio, e assim por diante.

Sempre que a lei atribui diretamente a responsabilidade pela obrigação a uma determinada pessoa, sócio, administrador, sociedade coligada, não cabe invocar a dpj.

8. A dpj está hoje regulada no Código de Processo Civil, tratada como um incidente, com legitimidade deferida apenas a quem é parte, ou ao MP quando houver de intervir, a ser instaurado em qualquer fase do processo, desde a petição inicial, com garantia de ampla defesa.

9. Não cabe ação prévia, para desconstituir a pessoa jurídica, como preparatória de futura ação.

10. É do juiz a competência para reconhecer a existência dos pressupostos da dpj. A lei fiscal e a lei previdenciária atribuem excepcionalmente ao administrador desconsiderar a simulação. O juiz não age de ofício.

11. Os pressupostos da dpj devem estar individualizados e provados nos autos. O ônus da prova é do credor.

12. O efeito da decisão proferida no incidente é apenas a de ineficácia do ato impugnado e atinge apenas o seu autor.

13. O pedido de dpj está fundado em um direito potestativo, para o qual não cabe atribuir prescrição, e para o qual a lei não marcou prazo decadencial. Mesmo assim, a dpj não pode ser perpétua, devendo extinguir-se com a prescrição da pretensão do crédito em relação àquele cujo patrimônio será atingido com a dpj.

14. Até 2002, a preferência era pela pacífica aceitação da teoria subjetiva, de acordo com as conclusões de Serick. Sobrevindo o novo Código Civil, que aceitou a redação com nítido caráter objetivista, esta ideia passou a permear muitas manifestações. Mas posso concluir que ainda há de se encontrar no elemento subjetivo o real fundamento da dpj, considerando que um dos objetivos da sua aplicação será preservar a integridade da empresa e a moralidade dos negócios, o que se apreende mediante uma ponderação de valores.

15. A desconsideração da pessoa jurídica é instrumento útil para reparação do dano produzido pelo comportamento fraudulento de quem indevidamente se utilizou da pessoa jurídica para prejudicar terceiro de boa-fé. Usada com critério, medida excepcional que é, pode prestar bons serviços à sanidade do mercado e à realização da justiça material do caso.

16. O nosso direito, de inspiração continental, tem história diferente do anglo-americano.

Fundados principalmente em precedentes e em regras não escritas, os tribunais americanos e ingleses há mais de um século permitem que o credor invista diretamente contra a pessoa do sócio da sociedade comercial, construindo uma doutrina que hoje está consagrada como a *disregard doctrine*. Menos preocupado com o formalismo legislativo e amparado na *equity*, o juiz do direito anglo-americano admitiu a possibilidade de desconsiderar a pessoa jurídica sempre que presentes certos pressupostos.

O primeiro caso de desconsideração da pessoa jurídica (além de um anterior, ocorrido no início dos oitocentos, nos EEUU, com o Juiz Marshal, mas que não se presta bem à definição do instituto) aconteceu na Inglaterra, em 1897, no caso *Salomon x Salomon & Cia*, em que as instâncias ordinárias desconsideraram a pessoa jurídica para responsabilizar o sócio majoritário pelas dívidas da companhia, uma vez que ele, sócio majoritário, integralizara suas quotas com seu fundo de comércio e ficara credor, com garantia, pelo valor excedente; insolvente a companhia, os credores quirografários não puderam cobrar suas dívidas porque o sócio tinha preferência e terminou por receber todo o patrimônio. A Câmara dos Lordes cassou a decisão inferior, entendendo que a sociedade fora bem constituída e não havia irregularidade que justificasse a desconsideração.

Depois disso, nos EEUU muitos foram os casos em que se constatou desvio de função da pessoa jurídica, a justificar a intervenção sobre o patrimônio dos sócios.

Com essa experiência, na década de 50, Rolf Serick apresentou sua tese acadêmica ("Forma jurídica e realidade nas sociedades mercantis"), sistematizando a figura da desconsideração de acordo com os precedentes, que aconteceram nas seguintes hipóteses: fraude à lei; fraude a obrigações contratuais; fraude contra credores com a transferência de bens do devedor para a sociedade; fraude na relação entre sociedades coligadas. Nesses casos, teria havido a utilização abusiva (abuso de direito) da estrutura formal da pessoa jurídica para fins ilícitos (seus quatro princípios estão enumerados acima).

18. A dpj não se confunde com:

a) negócio indireto, aquele em que as partes se propõem a alcançar uma finalidade que não é a típica, segundo a lei, do negócio jurídico escolhido. Assim também haveria a utilização indireta das sociedades: a sociedade é legítima, mas o fim é desviado.

b) a ideia de desvio de função é que está presente tanto na desconsideração como na de abuso de direito, razão pela qual muitos doutrinadores partem do conceito de abuso de direito para estudar a desconsideração. Assim como no abuso, há inicialmente uma situação legítima, mas o exercício do direito (ou da atividade) é que se desvia da finalidade jurídica para vantagem indevida. Juan Dobson entende que o ponto de partida para a desconsideração deve ser o abuso de direito,¹⁰² considera-

102 DOBSON. Juan. *El abuso de la personalidad jurídica*. Buenos Aires:Depalma, 1985, p. ss e seguintes. STJ. Resp. 86.502/SP, QUARTA TURMA, ac. de 26.8.96.

do abuso tirar proveito de uma situação não fraudulentamente criada, que permite conseguir vantagens indevidas. Mas, adverte o ilustre professor argentino, a doutrina da desconsideração não se funda exclusivamente na ideia de abuso porque algumas de suas hipóteses não cabem na de abuso. Assim, posso lembrar como exemplos: atribuir à sociedade a nacionalidade das pessoas que dominam o capital, para impedir que certas áreas sensíveis sejam dominadas por estrangeiros; desconsiderar a pessoa jurídica para proteger interesses dos sócios, etc.

19. Enumero duas espécies de abuso da pessoa jurídica:

(I) Abuso da situação jurídica de criar uma pessoa jurídica (abuso de personificação). Ocorre quando a constituição é feita com o propósito ilícito (caso do engenheiro proibido de exercer a profissão; casos de proibição de concorrência, etc). A significar que o abuso pode estar presente não apenas no exercício de um direito, mas também quando existente a situação jurídica, antes de constituída a pessoa jurídica.

(II) Abuso ao fazer atuar a pessoa jurídica: a sociedade está bem constituída, mas no seu exercício serve para atender ao interesse do sócio, não da sociedade, interesse que ele de outro modo não poderia satisfazer.